

Rechtsanwalt Dr. Robert Schweizer, München

## Kernprobleme des Bundesdatenschutzgesetzes (Teil I)

### 1. Vorbemerkungen

Das Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) vom 27. 1. 1977 ist nunmehr im Bundesgesetzblatt I Nr. 7 vom 1. 2. 1977 verkündet worden<sup>1)</sup>. Im wesentlichen tritt es am 1. 1. 1978 in Kraft, § 47. Der Datenschutzbeauftragte muß bereits zum 1. 7. 1977 bestellt werden<sup>2)</sup>. Wer nicht rechtzeitig einen Beauftragten für den Datenschutz bestellt, kann nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 Abs. 2 mit einer Geldbuße bis zu DM 50 000,— belangt werden.

Das BDSG stellt kein Nebengesetz dar, das der Betrieb nur gelegentlich einmal beachten müßte. Es berührt laufend jeden Betrieb, schon deshalb, weil jeder Betrieb Daten über Mitarbeiter und Kunden erfaßt und damit im Sinne des Gesetzes verarbeitet.

Diese Arbeit versucht, durch Erörterung von Kernproblemen in das Gesetz einzuführen<sup>3)</sup>.

### 2. Sinn und Zweck des Gesetzes

Zum Sinn und Zweck des Gesetzes führt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25. 5. 1973 aus<sup>4)</sup>:

„A. Zielsetzung: Die Information erlangt in unserer technisierten Welt immer größere Bedeutung. Die technischen Hilfsmittel für die schnelle und umfassende Bereitstellung sind vorhanden und werden ständig fortentwickelt. Das Informationsbedürfnis in allen Bereichen macht indessen auch vor der Privatsphäre des Menschen nicht halt, in jeder denkbaren Eigenschaft werden Informationen von ihm und über ihn benötigt. Der dem Bürger vom Grundgesetz gewährte Freiheitsraum, die unantastbare Sphäre privater Lebensgestaltung drohen enger zu werden. Dieser sich anbahnenden Entwicklung gilt es durch ein umfassendes Datenschutzgesetz zu steuern. Das geltende Recht, das von einer Zersplitterung in viele, aufeinander nicht abgestimmte einschlägige Einzelvorschriften gekennzeichnet ist, wird den Anforderungen eines modernen Datenschutzes nicht gerecht.“

B. Lösung: Der Entwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes strebt eine grundlegende Neuordnung des Rechts des Schutzes der Privatsphäre vor Mißbräuchen bei der Datenverarbeitung (Datenschutzrecht) auf Bundesebene an. Er versucht diese Problematik umfassend zu lösen, also in allen schutzrelevanten Bereichen des öffentlichen und des privaten Lebens und ohne Rücksicht auf die bei der Datenverarbeitung angewendeten Methoden. Dies geschieht im Prinzip in der Weise, daß der Umgang mit personenbezogenen Daten in den besonders schutzbedürftigen Phasen der Datenverarbeitung, nämlich dem Einspeichern, Weitergeben, Verändern und Löschen der Daten geregelt wird. Außerdem werden dem betroffenen Bürger Abwehrrechte gewährt, im wesentlichen das Recht auf Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten, ein Anspruch auf Berichtigung unzutreffend gespeicherter Daten und unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Sperrung bzw. Löschung ihn betreffender Daten. Vorschriften über das Verfahren

und Kontrollmaßnahmen sowie Bußgeld- und Strafvorschriften ergänzen diese Regelungen. Die Errichtung einer neuen zentralen Überwachungsinstitution ist nicht vorgesehen<sup>5)</sup>.“

Dementsprechend stellt das Gesetz in § 3 – dem Mittelpunkt des Gesetzes – ein grundsätzliches Datenverarbeitungsverbot auf<sup>6)</sup>:

„Zulässigkeit der Datenverarbeitung:

Die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von diesem Gesetz geschützt werden, ist in jeder ihrer in § 1 Abs. 1 genannten Phasen nur zulässig, wenn

1. dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder
2. der Betroffene eingewilligt hat.

Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist; wird die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt, ist der Betroffene hierauf schriftlich besonders hinzuweisen.“

Hauptprinzip für die Arbeit mit dem Gesetz ist demnach:

- a) Gilt im konkreten Fall das grundsätzliche Verbot?
- b) Besteht eine Ausnahme vom Verbot? D. h.:
  - aa): Hat der Betroffene rechtswirksam in die Datenverarbeitung eingewilligt?
  - bb): Oder trifft eine der in den Abschnitten 2–4 des BDSG normierten Ausnahmen zu?
  - cc): Oder erlaubt eine andere Rechtsgrundlage ausnahmsweise im konkreten Fall die Datenverarbeitung?

Zur Durchsetzung des Verbotes gewährt das Gesetz den Betroffenen – das sind diejenigen, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden (vgl. § 2 Abs. 1) – Ansprüche auf Auskunft sowie Berichtigung, Sperrung und Löschung der Daten. § 4 gibt dazu diesen Überblick:

„Rechte des Betroffenen.

Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes ein Recht auf

1. Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten,
2. Berichtigung der zu seiner Person gespeicherten Daten, wenn sie unrichtig sind,
3. Sperrung der zu seiner Person gespeicherten Daten, wenn sich weder deren Richtigkeit noch deren Unrichtigkeit feststellen läßt oder nach Wegfall der ursprünglichen erfüllten Voraussetzungen für die Speicherung,
4. Löschung der zu seiner Person gespeicherten Daten, wenn ihre Speicherung unzulässig war oder – wahlweise neben dem Recht auf Sperrung – nach Wegfall der ursprünglich erfüllten Voraussetzungen für die Speicherung.“

Zur Durchsetzung des Verbots legt das Gesetz ferner fest: die datenverarbeitenden Stellen müssen die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen (§ 6). Sie müssen einen Beauftragten für den Datenschutz bestellen, der „die Ausführung des Gesetzes sowie anderer Vorschriften den Datenschutz sicherzustellen hat“ (§§ 29, 38). Eine Aufsichtsbehörde prüft die Einhaltung der Rechtsvorschriften zum Datenschutz (vgl. §§ 30, 40). Bestimmte Stellen müssen sich melden und verschiedene Erklärungen abgeben, vgl. §. 39.

### 3. Begriffe und Systematik des Gesetzes

3.1. Schon die Anhörung vom 7. 11. 1972 zum Referentenentwurf eines Bundesdatenschutzgesetzes zeigte eine unerwartete Verwirrung über die wichtigsten Gesetzesbegriffe und die Abgrenzung der einzelnen Gesetzesabschnitte. Bald konnte man sich daran gewöhnen, daß häufig Mißverständnisse die Angriffe auf die Gesetzesentwürfe prägten.

<sup>1)</sup> 6./7. 11. 1972 Anhörung im Bundesinnenministerium; am 25. 5. 1973 Einbringung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Drucksache 391/73); am 6. 5. 1974 öffentliche Anhörung vor dem Innenausschuß des Bundestags; erste Lesung im Bundestag am 29. 11. 1974 (Stenografischer Bericht über die 67. Sitzung des Bundestags, S. 4071 ff.); Verabschiedung durch den Bundestag am 10. 6. 1976 in zweiter und dritter Lesung (Drucksache 422/76); 2. 7. 1976: der vom Bundesrat angerufene Vermittlungsausschuß erzielt Einvernehmen; Entscheidung über den Antrag des Vermittlungsausschusses (Drucksache 7/5568) am 10. 11. 1976 im Bundestag und am 12. 11. 1976 im Bundesrat.

<sup>2)</sup> Zur Bestellung und zu den Aufgaben eines Beauftragten für den Datenschutz vgl. § 28 und 29.

<sup>3)</sup> Sie verzichtet darauf, das Gesetz Paragraph für Paragraph durchzugehen und jede Bestimmung mit notwendigerweise nur kurzen Anmerkungen zu versehen.

<sup>4)</sup> Bundesrats-Drucks. 391/73 = Bundestags-Drucks. 7/1027, S. 1 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. im übrigen auch die Regierungsbegründung S. 14 (Fn. 4).

<sup>6)</sup> Vgl. dazu unten Nr. 5.

### 3.2. Die Begriffe

Den Gesetzgeber trafen derartige Vorwürfe nicht<sup>7)</sup>. Er konnte darauf hinweisen, daß die Kritiker schon die ersten Worte der von ihnen angegriffenen Bestimmungen verkannt haben.

§ 27 Abs. 1 lautet bspw.:

„Personenbezogene Daten sind zu berichtigen, wenn sie unrichtig sind.“

Die Markt- und Sozialforschungsinstitute anonymisieren jedoch die von ihnen erhobenen Daten<sup>8)</sup>. Die Antworten werden grundsätzlich unabhängig von der Person des Befragten verarbeitet, so daß dem Institut in der Regel überhaupt keine personenbezogenen Daten vorliegen.

Das Gesetz unterscheidet dementsprechend ausdrücklich zwischen personenbezogenen und anonymisierten Daten. In § 2 Abs. 1 legt es fest:

„Im Sinne dieses Gesetzes sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener).“

So wurde dem Gesetzgeber vorgeworfen, er verlange von den Markt- und Sozialforschungsinstituten Unzumutbares, wenn diese über die gespeicherten Daten nach § 26 Auskunft erteilen und Forderungen auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten nach § 27 überprüfen müßten.

Dem stellt es in § 31 Abs. 1 Nr. 2 gegenüber:

„... soweit diese Stellen geschäftsmäßig geschützte personenbezogene Daten zum Zweck der Veränderung speichern, sie derart verändern, daß diese Daten sich weder auf eine bestimmte Person beziehen noch eine solche erkennen lassen (anonymisieren) ...“

Dieses Beispiel ist bezeichnend für das gesamte Gesetz. Das BDSG gehört zu den ausgeklügelten Gesetzen, bei denen es noch mehr als sonst bei Rechtsnormen auf jedes Wort ankommt. Nach den bisherigen Erfahrungen werden vor allem die Begriffe „überlesen“, für die das Gesetz in § 2 gesetzliche Begriffsbestimmungen gibt<sup>9)</sup>:

Personenbezogene Daten, Betroffener, Speichern, Verändern, Übermitteln, Löschen, speichernde Stelle, Dritter, Datei (ausführlich zu diesen Begriffen, vgl. — im Sachzusammenhang — unten<sup>10)</sup>).

### 3.3. Der Aufbau des Gesetzes

#### 3.3.1. Unterschiedliche Vorschriften für öffentliche und nichtöffentliche Stellen (3. und 4. Abschnitt)

Nur der erste Abschnitt (Allgemeine Vorschriften), der fünfte (Straf- und Bußgeldvorschriften) und der sechste Abschnitt (Übergangs- und Schlußvorschriften) gelten für alle datenverarbeitenden Stellen. Der zweite Abschnitt betrifft die Datenverarbeitung der Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen, der dritte und vierte Abschnitt regeln dagegen die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen. Die größten Schwierigkeiten zum Aufbau des Gesetzes bereitet die Abgrenzung dieser beiden Abschnitte zur Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen. Gilt z. B. für einen Industriebetrieb, ein Lohnrechenzentrum, eine Auskunft, ein Marktforschungsinstitut der dritte oder der vierte Abschnitt?

<sup>7)</sup> Wenn den Gesetzgeber ein Vorwurf trifft, dann der, daß es ihm nicht gelungen ist, das Gesetz verständlicher zu fassen, und er die neu entwickelte Gesetzgebungslehre (vgl. dazu z. B. NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinsbek bei Hamburg, 1973) zu wenig beachtete.

<sup>8)</sup> Unter anderem dadurch unterscheiden sich die seriösen Institute von den unseriösen Gesellschaften, die keine Markt- und Sozialforschung im üblichen Sinne betreiben. Der Internationale Codex für die Praxis der Marketingforschung hebt den Schutz der Anonymität des Befragten als bedeutendsten Grundsatz der Marketing-Forschung hervor. Der Arbeitskreis Deutscher Marktforschungsinstitute e. V. (ADM) und der Bundesverband Deutscher Marktforscher e. V. (BVM) haben als die beiden zuständigen Verbände jede Ausnahme zu diesem Grundsatz ausdrücklich ausgeschlossen. Der Befragte soll sich darauf verlassen können, daß er anonym bleibt: was er geantwortet hat, dient nur der Feststellung eines Gruppenverhaltens oder einer Gruppeneinstellung, nicht etwa dazu, gleich oder später wiederzugeben, was eine bestimmte Person erklärt hat.

<sup>9)</sup> Vgl. § 2.

<sup>10)</sup> Insbes. 3.3.2.5 und 5.2.1.2.

So stehen — vgl. das Beispiel oben 3.1. — die §§ 26, 27 im dritten Abschnitt, für Markt- und Sozialforschungsinstitute gilt jedoch grundsätzlich der vierte Abschnitt<sup>11)</sup>. Der dritte Abschnitt betrifft, vgl. die Abschnittsüberschriften und § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3<sup>12)</sup>, die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen für eigene Zwecke“, der vierte Abschnitt dagegen die „geschäftsmäßige Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen für fremde Zwecke“.

Das Gesetz unterscheidet somit — grob skizziert — danach, ob die Datenverarbeitung als solche für das datenverarbeitende Unternehmen erfolgt (dann dritter Abschnitt) oder für andere (dann vierter Abschnitt). Daß die Unternehmen letztlich immer mit der Datenverarbeitung ihre eigenen Unternehmensziele verfolgen, insofern stets „für eigene Zwecke“ handeln, hat der Gesetzgeber (bewußt) negiert. Hier werden voraussichtlich immer wieder Mißverständnisse auftreten.

In Seminaren zum Bundesdatenschutzgesetz kommt es andererseits wiederholt vor, daß der — bereits erfahrene — Referent vorträgt: „Der Arzt verarbeitet die Daten des Patienten nicht als Selbstzweck, sondern zur Heilung. Der Einzelhandelskaufmann sammelt Daten über seine Kunden nicht als Selbstzweck, sondern zur Förderung des Absatzes. Die Datenverarbeitung erfolgt also nicht „für eigene Zwecke“ (so daß nach der Abschnittsüberschrift und dem Wortlaut des § 1

<sup>11)</sup> Vgl. weiter in dieser Nr. und unten 3.3.2.5.

Für die Institute und alle anderen „nicht-öffentlichen Stellen“ gewinnt der zweite Abschnitt (Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen) aber selbstverständlich dann Bedeutung, wenn sie von öffentlichen Stellen Daten beziehen. In diesem Zusammenhang stehen die heftigen Auseinandersetzungen um die Streichung des § 8 Abs. 2 alter Fassung während des Gesetzgebungsverfahrens. § 8 Abs. 2 sah vor, daß öffentliche Stellen auf jeden Fall sog. freie Daten (Namen, Titel, akademische Grade, Geburtsdatum, Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, Anschrift, Rufnummer) weitergeben dürfen. Die ersatzlose Streichung des 8 Abs. 2 dürfte sich jedoch nicht so gravierend auswirken, wie das gelegentlich befürchtet worden ist. Im Ermittlungszulässigkeitsverfahren war man sich bspw. einig, daß die Übermittlungszulässigkeits-Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 a. F., § 11 Abs. 1 neue Fassung für Markt- und Sozialforschungsinstitute erfüllt sind. Für die anderen Branchen können entsprechende Rückschlüsse gezogen werden. Es wurde ausdrücklich besprochen: Meist wird die Übermittlung der Daten durch öffentliche Stellen an die Institute „zur rechtmäßigen Erfüllung der in der Zuständigkeit der übermittelnden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich“ sein. In den übrigen Fällen ist, jedenfalls in aller Regel, die zweite vom Gesetz genannte Voraussetzung erfüllt, nämlich: die „Übermittlung ist zulässig, soweit der Empfänger ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der zu übermittelnden Daten glaubhaft macht und dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden.“ Denn die Verwertung der Daten zur Sozial- und Marktforschung stellt grundsätzlich ein berechtigtes Interesse dar; und schutzwürdige Belange des Betroffenen werden in der Regel nicht beeinträchtigt, jedenfalls dann nicht, wenn die Daten anonymisiert werden.

Bei der Auslegung solcher Tatbestandsmerkmale wie „glaubhaft machen“ und „berechtigtes Interesse“ gewinnen übrigens zwei häufig übersehene Rechtsgrundsätze besondere Bedeutung:

<sup>1)</sup> Dem allgemeinen Sprachgebrauch geht ein besonderer Sprachgebrauch des Gesetzes oder der dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch zu entnehmende Wortsinn vor. Im Einzelfall kann also bspw. die Glaubhaftmachung im zivilprozessualen Verfahren interessant werden. Vgl. zur Rechtsmethodik: LARENZ a.a.O. S. 310 f., 332 f. et pass.; ein Anwendungsbeispiel aus der Praxis: SCHWEIZER, BB 1968, 1490 f.

<sup>2)</sup> Die Rechtsanwendung muß grundsätzlich die Wertvorstellung der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise beachten, vgl. SCHWEIZER an dem in Fußn. 34 a.O., S. 396 ff., unter Nr. 32. Im Einzelfall kann sich deshalb Empirische Rechtsforschung empfehlen.

<sup>12)</sup> § 1 Abs. 2 Satz 1 lautet:

„Dieses Gesetz schützt personenbezogene Daten, die

1. von Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen (§ 7),
2. von natürlichen oder juristischen Personen, Gesellschaften oder anderen Personenvereinigungen des privaten Rechts für eigene Zwecke (§ 22),
3. von natürlichen oder juristischen Personen, Gesellschaften oder anderen Personenvereinigungen des privaten Rechts geschäftsmäßig für fremde Zwecke (§ 31)

in Dateien gespeichert, gelöscht oder aus Dateien übermittelt werden.“

Abs. 2 Nr. 2 und 3, „Datenverarbeitung für eigene Zwecke“, gerade nicht der dritte Abschnitt Anwendungsfälle<sup>13)</sup>).

Besseren Aufschluß über diese oft schwierige und für die betriebliche Praxis so wichtige Unterscheidung zwischen Datenverarbeitung, für die der dritte Abschnitt und Datenverarbeitung, für die der vierte Abschnitt gilt, gibt die Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung. Zum Anwendungsbereich des dritten Abschnitts führt sie zu § 16 (jetzt § 22) aus<sup>14)</sup>:

„Maßgebend für die Zugehörigkeit zum Anwendungsbereich dieses Abschnitts ist der Zweck der Datenverarbeitung. Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten in allen denjenigen Fällen, in denen die Datenverarbeitung nicht als Selbstzweck ausgeübt wird – solche Fälle werden im vierten Abschnitt geregelt –, sondern als Hilfsmittel zur Optimierung der Erfüllung der Geschäftszwecke oder Ziele des Anwenders, die nicht in der Speicherung oder Weitergabe oder der sonstigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten bestehen. Es handelt sich also hauptsächlich um Daten über Lieferanten, Kunden, Klienten, Patienten, Arbeitnehmer, Mitglieder usw., die von Wirtschaftsbetrieben, Dienstleistungsunternehmen, Krankenhäusern, Arbeitgeber, Verbänden usw. verarbeitet werden.“

Zum Anwendungsbereich des vierten Abschnitts erklärt die Regierungsbegründung<sup>15)</sup> zu § 23 (jetzt § 31):

„Die Vorschriften des vierten Abschnitts gelten nach dieser Bestimmung für die Datenverarbeitung im nichtöffentlichen Bereich, soweit Personen, Gesellschaften oder andere Personenvereinigungen des privaten Rechts personenbezogene Daten geschäftsmäßig für Dritte verarbeiten. Es handelt sich dabei um drei Fallgruppen, die unterschiedlich zu behandeln sind. Sie werden in Absatz 1 Nr. 1 bis 3 umschrieben. Maßgebendes Kriterium für die Anwendung des vierten Abschnitts ist die Zweckbestimmung der Datenverarbeitung für Dritte. Sofern die Daten primär für eigene Zwecke verarbeitet und daneben auch an Dritte weitergegeben werden, handelt es sich um Fälle des dritten Abschnitts (vgl. die Begründung zu § 16). Soweit Stellen, deren Geschäftszweck die Datenverarbeitung für Dritte ist (z. B. Auskunftstellen), auch Datenverarbeitung für interne Zwecke betreiben (z. B. mit Daten über Kunden oder Mitarbeiter), kommt der dritte Abschnitt zur Anwendung.“

Nach Abs. 1 Nr. 1 gelten die §§ 24 bis 27, 30 und 31 (jetzt §§ 32 bis 35, 39 und 40) dieses Abschnitts für die dort genannten Personen und Stellen, die personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Weitergabe in Dateien speichern und als solche weitergeben. Eine Veränderung oder sonstige Verarbeitung dieser Informationen steht der Anwendbarkeit des Absatzes 1 dann nicht entgegen, wenn deren Qualität als personenbezogene Daten (vgl. hierzu die Legaldefinition in § 3 Abs. 1) dadurch nicht verlorengeht. Hierunter fallen z. B. Auskunftstellen und Detekteien.

Nach Abs. 1 Nr. 2 gelten die §§ 28, 30 und 31 (jetzt §§ 36, 39 und 40) für die Stellen, die personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Veränderung und Weitergabe in Dateien speichern, sie so verändern (insbesondere anonymisieren oder aggregieren), daß ihre Qualität als personenbezogene Daten verlorengeht und diese neuen Daten weitergeben. Dazu gehören z. B. Markt- oder Meinungsforschungsinstitute.

Nach Abs. 1 Nr. 3 gelten die §§ 29 bis 31 (jetzt §§ 37 bis 40) für die Stellen, die personenbezogene Daten geschäftsmäßig für andere Personen und Stellen in Dateien speichern, verändern oder sonst verarbeiten, das sind z. B. Lohnrechenzentren; ausgenommen sind die funktionell der öffentlichen Hand zugehörigen Stellen, auch wenn sie in privater Rechtsform betrieben werden.“

### 3.3.2. Beispiele zur Abgrenzung des Anwendungsbereiches des 3. und 4. Abschnittes des BDSG

#### 3.3.2.1. Anwendung beider Abschnitte für verschiedene Tätigkeiten eines Unternehmens:

Die soeben angeführten Zitate aus der Regierungsbegründung

<sup>13)</sup> Die Sprachschwierigkeiten werden dadurch noch vergrößert, daß das Gesetz zum Begriff „speichernde Stelle“ bestimmt:

„Im Sinne dieses Gesetzes ist speichernde Stelle jede der in ... genannten Personen oder Stellen, die Daten für sich selbst speichert oder durch andere speichern läßt.“

Der Gesetzeswortlaut geht demnach davon aus, daß eine Stelle „für sich selbst“, jedoch „für fremde Zwecke“ speichert. Vgl. dazu auch unten FN 49.

Vgl. zu ähnlichen Sprachschwierigkeiten auch unter FN 21.

<sup>14)</sup> A.a.O. S. 27 r. Sp. unten.

<sup>15)</sup> A.a.O. S. 29.

erwähnen bereits: der vierte Abschnitt gilt bspw. für Markt- und Meinungsforschungsinstitute, Lohnrechenzentren, Auskunftstellen und Detekteien. Verarbeiten diese Unternehmen dagegen Daten nicht für einen Dritten, sondern primär für sich selbst, so richten sich ihre Pflichten und Rechte nach dem dritten Abschnitt. Soweit diese Unternehmen zum Beispiel Daten über ihre Arbeitnehmer oder über ihre Kunden verarbeiten, muß sich diese Datenverarbeitung – wie für alle anderen Betriebe, z. B. Industrieunternehmen, auch – nach dem dritten Abschnitt richten. Dementsprechend stellt die Regierungsbegründung fest<sup>16)</sup>:

„Soweit Stellen, deren Geschäftszweck die Datenverarbeitung für Dritte ist (z. B. Auskunftstellen), auch Datenverarbeitung für interne Zwecke betreiben (z. B. mit Daten über Kunden oder Mitarbeiter), kommt der dritte Abschnitt zur Anwendung.“

#### 3.3.2.2. Verarbeitung der Daten für eigene und für fremde Zwecke:

Verarbeitet das Unternehmen die personenbezogenen Daten sowohl für eigene Zwecke als auch für Dritte – z. B. wenn es Kundendaten für sich verarbeitet, diese aber auch weitergibt – kommt es in der Regel darauf an, ob die Daten primär für eigene Zwecke oder primär für Dritte verarbeitet werden. Je nachdem gilt grundsätzlich der dritte oder der vierte Abschnitt; es gelten dann nicht etwa beide Abschnitte. Die Regierungsbegründung führt dazu, wie ebenfalls bereits erwähnt, aus<sup>17)</sup>:

„Sofern die Daten primär für eigene Zwecke verarbeitet und daneben auch an Dritte weitergegeben werden, handelt es sich um Fälle des dritten Abschnitts (vgl. die Begründung zu § 16)“<sup>18)</sup>.

#### 3.3.2.3. Betriebliche Forschung

Aufschlußbereich ist auch: für die sog. betriebliche Marktforschung und andere betriebliche Forschung gilt nach bisher allgemeiner Meinung der dritte, nicht der vierte Abschnitt. „Maßgebendes Kriterium für die Anwendung des vierten Abschnitts ist (wie erwähnt) die Zweckbestimmung der Datenverarbeitung für Dritte“<sup>19)</sup>. Die betriebliche Forschung verarbeitet jedoch – anders als die Institutsmarktforschung – die Daten grundsätzlich nicht für Dritte, „sondern als Hilfsmittel zur Optimierung der Erfüllung der Gesetzeszwecke oder Ziele des Anwenders“<sup>20)</sup>.

<sup>16)</sup> A.a.O. S. 29.

<sup>17)</sup> A.a.O. S. 29.

<sup>18)</sup> Die Regierungsbegründung erklärt nicht ausdrücklich, daß Entsprechendes für den umgekehrten Fall gelte, also für den Fall, daß die Daten primär zur Weitergabe an Dritte verarbeitet werden. Wie immer, muß nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes entschieden werden. Sinn und Zweck des Gesetzes zur Unterscheidung der Anwendungsbereiche des dritten und vierten Abschnitts ist – soweit hier zunächst von Bedeutung – unbestritten, daß die Datenverarbeitung für eigene Zwecke andere Rechtsnormen zum Persönlichkeitsschutz erfordert als die ungleichartige Datenverarbeitung für Dritte. Das bedeutet in diesem konstruierten Beispiel:

Ein Marktforschungsinstitut führt für eine Bank eine Studie zur Entwicklung der Konditionen für bestimmte Kreditarten durch; es verwertet die Studie jedoch auch für eigene Dispositionen. Ohne den Auftrag der Bank hätte das Institut die Studie jedoch nicht durchgeführt. Erfüllt das Institut die Voraussetzungen der §§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 36 (Anonymisierung der Daten), so reichen die §§ 31, 36 zum Persönlichkeitsschutz aus. Es macht vom Sinn und Zweck des Gesetzes her keinen Unterschied, ob die Studie nur für die Bank durchgeführt wird, oder ob das Institut auch – nebenbei – von der Studie profitiert.

Vom Sinn und Zweck des Gesetzes her wird man dementsprechend auch für den Einzelfall überprüfen müssen, ob die Regierungsbegründung generell gehalten werden kann, also die Erklärung: „Sofern die Daten primär für eigene Zwecke verarbeitet und daneben auch an Dritte weitergegeben werden, handelt es sich um Fälle des dritten Abschnitts.“ Gewiß wäre das Gesetz einfacher zu handhaben, wenn man immer nur einen Abschnitt anwenden müßte. Es wird jedoch unbestritten sein, daß im Zweifel der – vom Gesetz angestrebte – Persönlichkeitsschutz dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vorgeht. Die historisch-teleologische Auslegung (vgl. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 315 ff.) steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Denn die Regierungsbegründung läßt keine eindeutige Regelungsabsicht erkennen.

<sup>19)</sup> Regierungsbegründung a.a.O. S. 29.

<sup>20)</sup> Regierungsbegründung a.a.O. S. 27.

### 3.3.2.4. Übertragung von Tätigkeiten auf andere Konzerngesellschaften

An den Ausführungen 3.3.2.3. ändert sich grundsätzlich auch dann nichts, wenn die betriebliche Forschung gesellschaftsrechtlich ausgegliedert und im Auftrag anderer Konzerngesellschaften tätig wird. Üblicherweise wird diese Problematik nicht für die betriebliche Forschung, sondern für Konzernrechenzentren erörtert. Für Konzernrechenzentren ist man sich einig, daß speichernde Stelle das beauftragende Konzernunternehmen, nicht das ausgegliederte Konzernrechenzentrum ist und eine Übermittlung der Daten vom Konzernrechenzentrum an das beauftragende Konzernunternehmen keine Übermittlung an Dritte im Sinne des BDSG darstellt, so daß der vierte Abschnitt nicht gilt. Die Anwendbarkeit des dritten Abschnitts kann also nicht dadurch umgangen werden, daß das betriebliche Rechenzentrum juristisch im beschriebenen Sinne „verselbständigt“ wird.

Für die betriebliche Forschung gilt nichts anderes. Die Ansicht zur Einordnung der Konzernrechenzentren geht auf die Begriffsbestimmungen der Nr. 1 und 2 des § 2 Abs. 3 zurück. Diese legen allgemein fest, daß Dritter im Sinne des BDSG nicht ist, wer im Auftrag für eine andere Stelle – also z. B. für ein Konzernunternehmen – speichert<sup>21)</sup>.

Verarbeiten Konzernunternehmen – in getrennten Aufträgen – Daten dagegen sowohl für andere Konzerngesellschaften als auch für Dritte, gilt einmal für sie der dritte Abschnitt (soweit sie für Konzerngesellschaften arbeiten) und einmal der vierte Abschnitt (soweit sie für Dritte arbeiten)<sup>22)</sup>.

### 3.3.2.5. Scheinprobleme zur Abgrenzung beider Abschnitte durch Verknüpfung der gesetzlichen Begriffe, bspw. der Begriffe personenbezogene Daten, speichernde Stelle, Dateien

Scheinprobleme zur Abgrenzung beider Abschnitte sind bereits aufgeworfen worden.

So haben bspw. Verbände in der letzten Phase des Gesetzgebungsverfahrens befürchtet, es könne die Meinung vertreten werden, für Markt- und Sozialforschungsinstitute gelte nicht der vierte, sondern der dritte Abschnitt, soweit die Institute Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl, die Praxis spricht von Zufallsauswahl, erheben<sup>23)</sup>.

Auf den ersten Blick erscheint diese Überlegung bestechend oder wenigstens diskutabel. Denn bei den verschiedenen Randomverfahren werden tatsächlich Haushaltsadressen ermittelt; diese Haushaltsadressen verbleiben im Institut und können immer wieder vom Institut verwendet werden. Handelt es sich hier nicht um eine „Datenverarbeitung für eigene Zwecke“ (i. S. des dritten Abschnitts)?

<sup>21)</sup> Vgl. oben Fußn. 9. Nach dem Gesetzeswortlaut kann man allerdings zögern: läßt nicht bspw. auch die Bundesregierung, wenn sie durch ein Markt- oder Sozialforschungsinstitut eine Studie durchführen läßt, „durch andere speichern“? Und wird dann das Institut nicht „in den Fällen der Nr. 1 im Geltungsbereich dieses Gesetzes im Auftrag tätig“? Die Institute sprechen dementsprechend ja auch immer von ihren „Auftraggebern“. Man ist sich jedoch einig, daß § 2 Abs. 3 so nicht verstanden werden soll. Die §§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 36 wären sonst gegenstandslos, im wesentlichen jedenfalls.

<sup>22)</sup> Man wird allerdings im Einzelfall überprüfen müssen, ob offene oder versteckte Gesetzeslücken (vgl. zur Rechtsmethodik LARENZ a.a.O., S. 354 ff.) vorliegen. Ein Beispiel: Gilt der dritte Abschnitt auch dann, wenn die Konzernmarktforschungsgesellschaft nachweisen kann, daß sie Daten auch an andere Konzerngesellschaften nur in anonymisierter Form übermittelt? Maßgeblich für die rechtliche Klärung ist, wie immer, „der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan“ (LARENZ a.a.O.). In der Praxis wichtigstes Prinzip zur Ermittlung des dem Gesetz zugrunde liegenden Plans ist der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichsinnigen (vgl. zu diesem Grundsatz LARENZ a.a.O. S. 359; Anwendungsbeispiele, vgl. bei SCHWEIZER, BB 1968, S. 1490 und Goldammers Archiv 1968, 81 ff., 83 sowie bei SCHWEIZER/M.-L. HELDRICH, WRP 1975, 25 ff., u. a. unter Nr. 24). Rechtsmethodisch wird in diesem Zusammenhang auch die Frage interessant werden, ob es sich (noch) um Auslegung oder um Lückenausfüllung handelt, vgl. zur Abgrenzung LARENZ a.a.O., S. 332, 309 f., 350; der mögliche Wortsinn (die Bedeutung im Sprachgebrauch) bildet die Grenze der Auslegung. Vgl. ferner unter Nr. 4.

<sup>23)</sup> Vgl. die von DR. WRONKA (ZAW) in der öffentlichen Anhörung vom 31. 3. 1976 abgegebenen Erklärungen.

Presseartikel sind so weit gegangen, aus dieser „Problematik“ den sensationellen Schluß zu ziehen, die Markt- und Sozialforscher dürften nach dem BDSG überhaupt keine Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl mehr erheben. So hieß es bspw. allen Ernstes in A + P<sup>24)</sup>.

„... keine Zweifel daran, daß das neue Bundesdatenschutzgesetz etwa die Erstellung einer Random-Stichprobe unmöglich machen wird. Schon das listenmäßige Erfassen von Adressen – etwa einer Straße oder eines Blocks – zur späteren Auswahl der zu befragenden Haushalte ist im Sinne des neuen geplanten Gesetzes eine unzulässige Handlung. Es läßt sich voraussehen, daß die Mitarbeiter der geplanten Datenschutzbehörde dann Stammgast bei Deutschlands Marktforschungsinstituten sein werden.“

Das Scheinproblem, das in sachlich gleicher Weise für jede datenverarbeitende Stelle, nicht nur für Markt- und Sozialforschungsinstitute, auftreten kann: die erhobenen Daten stellen nämlich keine personenbezogenen Daten, die das „Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung“ erfassen will, dar. Die Frage: dritter oder vierter Abschnitt stellt sich somit, was die Erhebung von Haushaltsadressen anbetrifft, überhaupt nicht. Erfasst werden Haushalte. Der Familienname dient nur der besseren Identifikation. Es könnte bspw. genauso aufgenommen werden: Gartenallee 19, Erdgeschoss, 1. Tür rechts. Deshalb kann auch mit sog. Nachfolgehaushalten gearbeitet werden. Zieht Familie Müller aus und Familie Meier ein, dann ändert sich für das Auswahlverfahren nichts. Personenbezogene Daten sind jedoch, wie erwähnt, nach § 2 Abs. 1 nur „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener).“

Daten über Haushalte sind damit grundsätzlich keine personenbezogenen Daten. Die Begründung zum Regierungsentwurf stellt dementsprechend ausdrücklich fest<sup>25)</sup>.

„Der Entwurf schützt nur Daten über natürliche Personen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß auch juristische Personen (z. B. Kapitalgesellschaften oder eingetragene Vereine) oder nicht-rechtsfähige Personengruppen, z. B. offene Handelsgesellschaften oder auch Wohngemeinschaften) über einen Innenbereich verfügen, der gegenüber dem Informationsbedürfnis Dritter Schutz verdient. Weil aber dieser Bereich gesetzgeberisch kaum faßbar ist und die Praktikabilität des Entwurfs beeinträchtigen könnte, hat die Bundesregierung darauf verzichtet, diese Personengruppen als Schutzobjekt mit aufzunehmen“<sup>26)</sup>.

Im übrigen werden die Haushalte auch nicht in Dateien gespeichert, §§ 1 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 3. Häufig wird übersehen, daß das Gesetz nur personenbezogene Daten schützt, „die in Dateien gespeichert, verändert, gelöscht oder aus Dateien übermittelt werden.“ (§ 1 Abs. 2 S. 1 a. E.) Im Sinne des Gesetzes „ist eine Datei eine gleichartig aufgebaute Sammlung von Daten (Mehrzahl), die nach bestimmten Merkmalen erfaßt und geordnet, nach anderen bestimmten Merkmalen umgeordnet und ausgewertet werden kann“ (§ 2 Abs. 3 Nr. 3). Es muß sich also um eine Sammlung von Daten handeln, die

– nach bestimmten Merkmalen erfaßt und geordnet und

– nach anderen bestimmten Merkmalen umgeordnet und ausgewertet werden kann.

<sup>24)</sup> Vom 16. 2. 1976, S. 9.

<sup>25)</sup> A.a.O. S. 19.

<sup>26)</sup> Man könnte noch daran denken zu argumentieren: wenn der Haushalt aus nur einer Person besteht, wird kein Datum über eine Personengruppe, sondern eben über eine natürliche Person erfaßt und damit ein personenbezogenes Datum verarbeitet. Aus dem Datum muß jedoch wenigstens unmittelbar hervorgehen, daß es eine „Einzelangabe über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person“ enthält. Eine andere Auslegung würde den Bogen überspannen. Der Sinn und Zweck des Gesetzes (vgl. oben Nr. 2) verliere das erforderliche Maß, wollte man ihn so weit fassen, daß er auch Daten schützt, aus denen sich nur mittelbar personenbezogene, allgemein zugängliche Einzelangaben lesen lassen.

Die Haushalte können jedoch nicht „nach anderen bestimmten Merkmalen (sinnvoll) umgeordnet und ausgewertet werden“<sup>27)</sup>:

Im Einzelfall muß ferner darauf geachtet werden, daß der Begriff „Speichern“ verlangt, daß die Daten für eine gewisse Zeit erhalten bleiben müssen. Die Regierungsbegründung stellt klar<sup>28)</sup>:

„Der Begriff ‚Speichern‘ beschränkt sich auf den Vorgang der Aufbewahrung der Daten auf gewisse Dauer, er umfaßt also nicht den Fall, daß Daten nur zu einem bestimmten Zweck (z. B. Auftragsabwicklung) in dem Kernspeicher der EDV-Anlage aufgenommen, verarbeitet und sodann wieder gelöscht werden.“

#### 4. Gesetzeslücken<sup>28)</sup>

4.1. Gesetzeslücken hat der Gesetzgeber bewußt In Kauf genommen. Beispielsweise wurde bereits am 4./5. 9. 1973 erörtert<sup>29)</sup>:

§ 32 erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen das Speichern personenbezogener Daten. § 32 gilt nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 für nicht-öffentliche Stellen, „soweit diese geschäftsmäßig geschützte personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung speichern und übermitteln.“ § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erklärt dagegen § 32 nicht für anwendbar. Der Gesetzeswortlaut erlaubt demnach unter bestimmten Voraussetzungen den Stellen, die personenbezogene Daten weitergeben, die Datenspeicherung, und er enthält überraschenderweise keine Erlaubnisnorm für die Stellen, die die Daten in anonymisierter Form weitergeben. Die Weitergabe personenbezogener Daten gefährdet das geschützte Persönlichkeitsrecht jedoch weit eher als die Weitergabe anonymisierter Daten.

Folglich muß für Stellen, die die Daten anonymisiert weitergeben, die Datenspeicherung erst recht erlaubt sein. Der Gesetzeswortlaut drückt demnach das Gegenteil von dem aus, was er sagen

<sup>27)</sup> Falls im Einzelfall tatsächlich einmal doch i. S. des Gesetzes personenbezogene Daten in Dateien zur Wahrscheinlichkeitsauswahl gespeichert werden sollten, gilt dennoch der vierte Abschnitt. Denn diese Daten werden von den Instituten nicht „für eigene Zwecke“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 2), sondern „für fremde Zwecke gespeichert“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 3), nämlich für die Untersuchungen; oder mit den in §§ 22, 31 gewählten Worten ausgedrückt: diese Daten dienen unmittelbar der Weitergabe von Daten und nicht nur als Hilfsmittel für die Erfüllung der Geschäftszwecke oder Ziele des Instituts. Anders als mit den Daten über Kunden, Arbeitnehmer oder Mitglieder (in der Regierungsbegründung genannte Beispiele für Daten, für die Abschnitt 3 gilt) wird mit den Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl das — später übermittelte — Produkt hergestellt.

Dieses Ergebnis wird bspw. dadurch bestätigt: Würden die Institute Daten, die der Wahrscheinlichkeitsauswahl dienen, an ihre Auftraggeber weitergeben, dann würde die Zulässigkeit der Datenerfassung, also der Datenspeicherung, unbestritten nach dem 4. Abschnitt beurteilt werden. Es handelte sich dann um einen klassischen Fall des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Die Institute würden „geschäftsmäßig geschützte personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung speichern und übermitteln.“ Die Erfassung der Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl würde also — wenn man es mit der Überschrift des vierten Abschnitts ausdrückt — eine „geschäftsmäßige Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen „für fremde Zwecke“ darstellen; oder mit dem Text des § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 formuliert: die Institute würden dann die Daten „geschäftsmäßig für fremde Zwecke in Dateien speichern“ und nicht „für eigene Zwecke“. Der Umstand, daß der Auftraggeber die Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl nicht mitgeliefert erhält, ändert jedoch den Zweck der Datenverarbeitung als solcher noch nicht. Somit erfolgt das Erfassen von Daten zur Wahrscheinlichkeitsauswahl „für fremde Zwecke“. Dementsprechend hat auch noch niemand aus den Ministerien, der an der Ausarbeitung des Gesetzes mitgewirkt hat und auf die hier erörterte Frage angesprochen worden ist, die Meinung vertreten, für die Markt- und Sozialforschungsinstitute gelte insoweit der dritte Abschnitt.

Es würde im übrigen auch überraschen, wenn das Gesetz zwar einerseits bewußt eine Sonderregelung getroffen hätte, die die speziellen Verhältnisse auf dem Gebiet der Markt- und Sozialforschung berücksichtigt und andererseits einen wesentlichen Teil dieser Markt- und Sozialforschung „per Zufall“ ohne irgendeinen Hinweis in einem anderen Abschnitt erfaßte.

<sup>28)</sup> Vgl. auch oben Fußn. 22.

<sup>29)</sup> „Management-Seminar“ in Frankfurt, Hauptreferent Ministerialrat Dr. Herbert AUERNHAMMER.

will. Wenn § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nicht auf § 32 verweist, kann das nur bedeuten, daß das Gesetz für die in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 genannten Stellen und Tätigkeiten die Datenspeicherung generell, also ohne die in § 32 genannten Einschränkungen, erlaubt<sup>30)</sup>.

Es liegt somit — rechtsmethodisch gesehen<sup>31)</sup> — eine anfängliche, bewußte und offene Gesetzeslücke vor.

#### 4.2. Verfassungswidrigkeit einzelner Bestimmungen

Wollte man annehmen, es liege keine Gesetzeslücke vor, entstünden im übrigen verfassungsrechtliche Probleme. Denn dann könnte man in die Problematik geraten, die vermutlich für sämtliche Wirtschaftszweige noch eingehend diskutiert werden muß:

Wie ist zu verfahren, wenn öffentliche Stellen private Unternehmen dadurch behindern können, daß die privaten Unternehmen nach dem dritten und vierten Abschnitt stärkeren Einschränkungen unterliegen als öffentlich-rechtliche Stellen<sup>32)</sup>? Muß das BDSG insoweit für verfassungswidrig erklärt werden? Mit anderen Worten: ist das BDSG insoweit verfassungswidrig, als es nicht-öffentliche Stellen, für die der dritte oder der vierte Abschnitt gelten, in der Datenverarbeitung stärker einschränkt als öffentliche Stellen<sup>33)</sup>, und die öffentlichen Stellen dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen?

Solche sachwidrigen Wettbewerbsvorteile schafft das Bundesdatenschutzgesetz.

Die Regierungsbegründung<sup>34)</sup> betont zwar: „Ein wirkungsvolles Bundesgesetz muß den Datenschutz in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Bereichen unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten gleichwertig regeln. Auch dadurch werden Ungleichbehandlungen und Gesetzesumgehungen vermieden.“

Und der Gesetzestext geht, was die Gleichbehandlung öffentlicher und privater Stellen anbetrifft, weiter als der im Jahre 1973 eingebrachte Entwurf, § 22 (dritter Abschnitt) und § 31 (vierter Abschnitt) stellen nämlich „öffentlich-rechtliche Unternehmen, die am Wettbewerb teilnehmen“, den privaten Stellen grundsätzlich gleich; aber eben nur öffentlich-rechtliche Unternehmen, nicht auch andere öffentliche Stellen.

Ist aber bspw. ein Universitätsinstitut ein „öffentlich-rechtliches Unternehmen, das am Wettbewerb teilnimmt“? Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht<sup>34)</sup>. Am „klaren Wortlaut eines Gesetzes“ findet jedoch die verfassungskonforme Auslegung ihre Grenze<sup>35)</sup>. Folglich muß tatsächlich nicht nur nach einer verfassungskonformen Auslegung, sondern insoweit nach der Verfassungswidrigkeit gefragt werden. Daß Universitätsinstitute und ähnliche öffentliche Stellen private Unternehmen behindern können, ist bekannt. Wenn man in dem oben erwähnten Beispiel bleibt: ein Universitätsinstitut könnte, wenn auch erst nach erheb-

<sup>30)</sup> Von den hier angesprochenen Fragen zu unterscheiden ist natürlich im Einzelfall die Frage, ob überhaupt ein Datenverarbeitungsverbot und damit ein Bedürfnis für eine Erlaubnisklausel besteht, vgl. dazu unten Nr. 5. Was die Rechtsmethodik anbetrifft, kann man aber nicht etwa schließen: das Gesetz geht offensichtlich davon aus, daß überhaupt kein Bedürfnis für eine Erlaubnisklausel vorliegt, weil das grundsätzliche Datenverarbeitungsverbot für die in § 31 Abs. 1 Nr. 2 erfaßten Stellen nicht gelten soll. Eine solche Argumentation wäre wirklichkeitsfremd. Das Gesetz betrifft, auch was die in § 31 Abs. 1 S. 1 und 2 genannten Stellen anbetrifft, bewußt Neuland. Es wird sich schon deshalb hüten, zu unterstellen, daß das Verbot des § 32 die Speicherung von Daten erfassen könne, die später anonymisiert werden.

<sup>31)</sup> Vgl. LARENZ a.a.O. S. 354 ff.; SCHWEIZER/M.-L. HELDRICH a.a.O. S. 27 ff.

<sup>32)</sup> Weil der zweite Abschnitt weniger einschränkt oder für öffentlich-rechtliche Stellen das BDSG überhaupt nicht gilt und keine anderen (landesrechtlichen) Vorschriften gleichwertige Einschränkungen festlegen.

<sup>33)</sup> Oder andere Stellen, für die der dritte und der vierte Abschnitt nicht gelten.

<sup>34)</sup> A.a.O. S. 20 r. Sp.

<sup>35)</sup> Ob diese persönliche Ansicht des Verfassers zutrifft, kann die Empirische Rechtsforschung feststellen, vgl. dazu SCHWEIZER, Empirische Rechtsforschung, Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1976, S. 396 ff.

<sup>36)</sup> Vgl. LARENZ a.a.O. S. 329 f.

lichen Vorarbeiten und mit großem Aufwand, Repräsentativverhandlungen durchführen, also mit den privaten Markt- und Sozialforschungsinstituten konkurrieren.

Somit kann es vorkommen, daß öffentliche Stellen mit privaten Unternehmen konkurrieren, und das Bundesdatenschutzgesetz die Tätigkeit der privaten Unternehmen stark einschränkt, die öffentlichen Stellen diesen Einschränkungen dagegen nicht unterliegen. So erklärt bspw. § 9 (zweiter Abschnitt, der für die öffentlichen Stellen gilt) die Datenspeicherung und -veränderung unter anderen Voraussetzungen für zulässig als der schon erwähnte § 32 (vierter Abschnitt). Nach § 9 „ist das Speichern und das Verändern personenbezogener Daten (bereits) zulässig, wenn es zur rechtmäßigen Erfüllung der in der Zuständigkeit der speichernden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist.“

Die Betriebe müssen dagegen in der Regel strengere Voraussetzungen erfüllen. § 32 verlangt, daß „kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch (durch die Datenverarbeitung) schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden.“

Solche Einschränkungen der Privatwirtschaft zugunsten öffentlicher Stellen sind jedoch unter bestimmten Voraussetzungen verfassungswidrig<sup>36)</sup>.

<sup>36)</sup> MAUNZ-DÖRIG-HERZOG, GG, 4. Aufl., RdNr. 52 ff. zu Art. 2 sowie die Kommentierungen zu den Art. 3, 12, 14, 19 GG. Selbstverständlich muß die Problematik noch eingehend überprüft, hier soll nur auf sie hingewiesen werden.

Für eine evtl. unterschiedliche Behandlung nicht-öffentlicher Stellen untereinander gelten diese Überlegungen entsprechend.

(Fortsetzung im nächsten Heft)

## Wirtschaftsrechtliche Hinweise

### Die Zahl der Insolvenzen im November 1976

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes wurden von den Amtsgerichten im November 1976 insgesamt 775 Insolvenzverfahren gemeldet; das sind 5,1% weniger als im November 1975. Im Vergleich zum Vormonat belief sich der Rückgang sogar auf 12%.

Diese Entwicklung ist vor allem auf die geringere Zahl an Insolvenzen der übrigen Gemeinschuldner (Organisationen ohne Erwerbscharakter, private Haushalte und Nachlässe) zurückzuführen (Rückgang gegenüber November 1975 um 16,5% auf 202 Verfahren). Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen (573 Verfahren) lag nur um 2 Fälle unter dem entsprechenden Vorjahresergebnis.

Von den 762 beantragten Konkursverfahren (einschl. 4 Anschlußkonkurse) wurden 528 Verfahren mangels Masse abgelehnt. Die Zahl der eröffneten Vergleiche belief sich im November auf 17.

Für die Zeit von Januar bis November 1976 wurden 8563 Insolvenzverfahren und damit 1% mehr als im entsprechenden Zeitraum des Vorjahres registriert. Maßgeblich zu dieser Entwicklung beigetragen haben die Insolvenzen der übrigen Gemeinschuldner (2359 Fälle), die um 15,6% höher waren als im Zeitraum von Januar bis November 1975. Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen lag dagegen im gleichen Zeitraum mit 6204 Verfahren um 3,6% unter dem entsprechenden Vorjahresergebnis. Auch in den Wirtschaftsbereichen lagen die Insolvenzzahlen für die Monate Januar bis November 1976 zum Teil unter dem Niveau des Vorjahreszeitraumes. Im verarbeitenden Gewerbe waren es 1540 Verfahren (-11,1%), im Baugewerbe 1327 Verfahren (-9,4%) und im Verkehr und in der Nachrichtenübermittlung 242 Verfahren (-3,6%). Dagegen lag die Zahl der Konkurs- und Vergleichsverfahren im Dienstleistungsbereich um +4% (1542 Verfahren) und im Handel um +2,9% (1432 Fälle) höher.

### Verbesserung der Förderungsbedingungen für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen

Der Verwaltungsrat der Bundesanstalt für Arbeit (BA) hat am 16. 12. 1976 die 2. Änderungsanordnung (ÄndA) zur Anordnung über die Förderung von Allgemeinen Maßnahmen zur Arbeitsbeschaffung (bis zum Inkrafttreten des AFG: Notstandsarbeiten im Rahmen der wertschöpfenden Arbeitslosenhilfe) aus Mitteln der BA (ABM-Anordnung) v. 2. 5. 1972 (ANBA 1972 S. 508) beschlossen, die der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung gem. § 191 Abs. 4 des ArbeitsförderungsG (AFG) genehmigt hat und die am 1. 1. 1977 in Kraft getreten ist. Die ÄndA paßt die Förderungsvorschriften für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) an die veränderte Arbeitsmarkt- und Beschäftigungssituation an (§ 191 Abs. 3 S. 2 AFG) und verfolgt vor allem das Ziel, schwer

vermittelbaren Arbeitslosen wenigstens zeitweise wieder Arbeit zu beschaffen. Durch Verbesserung der Förderungsbestimmungen, die in erster Linie die Förderungskonditionen betrifft, sollen private und öffentliche Träger zur Durchführung von ABM gewonnen werden. Die Änderung der ABM-Vorschriften ist daher im Zusammenhang mit den sonstigen im Einvernehmen zwischen Bundesregierung und BA festgelegten Sonderprogrammen zur Verbesserung der Beschäftigungslage zu sehen.

Die Beschäftigungshöchstdauer im Rahmen von ABM, bisher auf 52 Wochen festgesetzt, kann aus arbeitsmarkt- oder sozialpolitischen Gründen überschritten werden, soll aber nach wie vor grundsätzlich nur so lange dauern, wie es zur Erreichung des sozialpolitischen Ziels notwendig ist.

Der Zuschuß zur Finanzierung der Arbeiten bemißt sich wie bisher nach dem Arbeitsentgelt, das den beschäftigten Arbeitslosen zu zahlen ist, doch ist er zur Abgeltung der Beitragsanteile zur Sozialversicherung (SozV) und der Beiträge zur BA, die der ArbG für die zugewiesenen ArbN aufzubringen hat sowie der Beträge, die der ArbG im Rahmen eines Ausgleichssystems für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und für die Zahlung von Urlaubsentgelt zu leisten hat, jeweils um einen gewissen Prozentsatz zu erhöhen. Der Zuschuß kann entsprechend der arbeitsmarktpolitischen Bedeutung einer Maßnahme bis zur vollen Höhe der Lohnkosten gewährt werden. Er kann darüber hinaus bis zu 120 v. H. dieser Beträge erreichen, wenn der arbeitsmarktpolitische Förderungszweck sonst nicht erreicht werden kann, insbesondere, wenn die Gewährung des Zuschusses die Beschäftigung langfristiger Arbeitsloser ermöglichen soll.

### Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren

Im Bundesgesetzblatt I Nr. 141 vom 9. 12. 1976 S. 3281 ff. ist das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. 12. 1976 verkündet worden. Das Gesetz zielt darauf ab, das gerichtliche Verfahren zu rationalisieren, zu vereinfachen und damit zugleich zu beschleunigen und die Gerichte zu entlasten. Als besonders wichtige Regelungen seien stichwortartig genannt:

1. Konzentration des Verfahrens, besonders der mündlichen Verhandlung.
2. Verbesserung beim Urteil.
3. Wirksamere Gestaltung der vorläufigen Vollstreckbarkeit von nichtrechtskräftigen Urteilen.
4. Vereinfachung des Versäumnisverfahrens.
5. Rationalisierung des Mahnverfahrens, die den Einsatz automatischer Datenverarbeitungsanlagen ermöglicht, bei zugleich verbessertem Schutz des Schuldners.

Das Gesetz tritt am 1. 7. 1977 in Kraft.

Rechtsanwalt Dr. Robert Schweizer, München

## Kernprobleme des Bundesdatenschutzgesetzes (Teil II)

(Fortsetzung aus Heft 6 · Seite 294)

### 5. Das Datenverarbeitungsverbot des § 3

Bis zum Inkrafttreten des BDSG (BGBl. I S. 201) war und ist es grundsätzlich zulässig, personenbezogene Daten zu verwenden. Nur in Ausnahmefällen verbieten Rechtsnormen die „Verarbeitung personenbezogener Daten“, so z. B. § 203, 204 StGB (Verletzung des Berufsgeheimnisses) und § 824 BGB (Kreditgefährdung).

Der bereits oben<sup>37)</sup> wiedergegebene § 3 geht dagegen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Datenverarbeitung aus und formuliert bestimmte Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Verarbeitung zulässig ist. Jede Erörterung zum Datenschutz muß demnach ausdrücklich oder stillschweigend mit § 3 beginnen.

Soweit ersichtlich, sind die Auslegungsprobleme zu § 3 mit am eingehendsten und für die betriebliche Praxis insgesamt am aufschlußreichsten wiederum mit Beispielen aus der Markt- und Sozialforschung erörtert worden.

#### 5.1. Die Tatbestandsmerkmale des § 3

5.1.1. Die Markt- und Sozialforscher haben immer wieder darauf hingewiesen:

„Echte Meinungsforscher verlangen nie eine Unterschrift. Wenn ein Interviewer eine Unterschrift verlangt, ist mit Sicherheit etwas faul“<sup>38)</sup>.

§ 3 verlangt jedoch auf den ersten Blick gerade, daß der Befragte einer Verwertung des Interviews schriftlich zustimmt. Das Gesetz würde demnach etwas fordern, was nach den bisherigen Erfahrungen gerade schädlich wäre, auch für den Betroffenen, den das Gesetz schützen will. Der Sinn und Zweck des Gesetzes würde also auf den Kopf gestellt. Wenn der Befragte einer Verwertung des Interviews schriftlich zustimmen müßte, würde sich das auch auf die Zuverlässigkeit der Daten und auf die Kosten verheerend auswirken<sup>39)</sup>.

Liest man § 3 genau, ergibt sich jedoch, daß der Befragte aus mehreren Gründen nicht schriftlich zustimmen muß:

#### 5.1.2 Ausnahmen vom Datenverbot

Die erste Ausnahme vom Datenverbot wird regelmäßig überlesen, nämlich § 3 Satz 1 Nr. 1:

Die Verarbeitung ist zulässig, wenn „dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt“.

<sup>37)</sup> Nr. 2.

<sup>38)</sup> „Welt am Sonntag“ vom 7. 10. 1973.

<sup>39)</sup> Ein Teil der Bevölkerung scheut sich davor, ein Schriftstück zu unterschreiben. Wenn die Unterschrift nicht unbedingt geleistet werden muß, werden sich diese Befragten vor einer Unterschrift drücken. Und zwar nicht etwa deshalb, weil sie mit der Verarbeitung des Interviews nicht einverstanden wären. Die vorsichtige ältere Dame bspw. hat oben schon gelesen: Vertreter spiegeln vor, es handle sich nur um diese oder jene Bestätigung, in Wirklichkeit unterzeichnete die Gutgläubige jedoch ein Abonnement. So wie diese Dame werden viele Befragte überlegen: die Unterschrift nützt mir nichts, sie kann mir höchstens schaden. Wer weiß, ob nicht doch eine Leistungspflicht entsteht. Also empfiehlt sich, „für den Fall des Falles“, nicht zu unterschreiben.

Aus dieser Unterschriftsverweigerung würden sich u. a. zwei Konsequenzen ergeben: die Kosten für die Befragungen würden durch die Verweigerungen möglicherweise verdoppelt, jedenfalls ganz erheblich erhöht. Die Befragungen der Markt- und Sozialforschungsinstitute wären weniger zuverlässig. Es versteht sich von selbst, daß sich die Vorsichtigen nicht jeweils gleichmäßig auf die Zielgruppen verteilen.

Das BDSG enthält eine ganze Reihe von Bestimmungen, die die Datenverarbeitung unter bestimmten Voraussetzungen erlauben. Die wichtigsten sind die §§ 23, 24, 25, 32, 33 und, für die öffentlichen Stellen, die §§ 9, 10, 11.

§ 32 legt bspw. für das Speichern von Daten, also für das hier bei der Befragung erfolgende „Erfassen, Aufnahmen oder Aufbewahren von Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verwendung“<sup>40)</sup>, fest:

„Das Speichern personenbezogener Daten ist zulässig, soweit kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden.“

§ 32 gilt, wie bereits oben<sup>41)</sup> ausgeführt, für Stellen, die – wie z. B. Auskunfteien – die erfaßten Daten als personenbezogene Daten übermitteln<sup>42)</sup>. Für Stellen, die Daten anonymisiert übermitteln, fehlt überraschenderweise eine entsprechende Erlaubnis, Daten zu speichern. Es besteht, wie ausgeführt, eine Gesetzeslücke, die so zu schließen ist, daß das Speichern (Erfassen, Aufnehmen, Aufbewahren)<sup>43)</sup> von Daten generell zulässig ist, wenn die gespeicherten Daten anonymisiert werden.

Folglich erlaubt das Gesetz i. S. des § 3 Satz 1 Nr. 1 die Durchführung von Befragungen. Da Nr. 1 und Nr. 2 des § 3 Satz 1 selbständig nebeneinander stehen (es also ausreicht, daß entweder das Gesetz die Befragung erlaubt oder der Betroffene einwilligt), verlangt das Gesetz keine Einwilligung des Betroffenen.

#### 5.1.3 Einwilligung des Betroffenen

Es reicht unter Umständen aus, daß der Betroffene stillschweigend in die Datenverarbeitung einwilligt. § 3 schränkt ein:

„Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“<sup>44)</sup>.

Schon während des Gesetzgebungsverfahrens waren sich diejenigen, die sich mit der Frage beschäftigt haben, darin einig, daß dieser soweit-Satz bspw. für die Verarbeitung von Befragungen erfüllt ist, wenn Institute die erhobenen Daten anonymisieren. Wie oben<sup>45)</sup> bereits ausgeführt, würde es zu unangemessenen Ergebnissen führen, wenn die Befragten schriftlich in die Verarbeitung einwilligen müßten. So hat das Bundesinnenministerium am 13. 11. 1973<sup>46)</sup> klargestellt:

„Sofern in diesen Fällen der Betroffene (Befragte) über die weitere Nutzung seiner Daten, insbesondere ihre Speicherung, aufgeklärt worden ist, liegt in dessen Auskunftserteilung die erforderliche Zustimmung, die nach den gegebenen Umständen in der Regel der Schriftform nicht bedarf.“

Es reicht demnach z. B. aus<sup>47)</sup>, wenn der Befragte unmißverständlich darauf hingewiesen wird, daß seine Antworten nach den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung ver- und ausgewertet werden. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes darf dabei dem Befragten dargelegt werden, daß er anonym bleibt.

#### 5.2. Der Normadressat des § 3

An wen wendet sich § 3? Der Wortlaut des § 3 äußert sich dazu nicht.

<sup>40)</sup> Vgl. die Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 1.

<sup>41)</sup> Nr. 4.

<sup>42)</sup> Legaldefinition: § 2 Abs. 2 Nr. 3.

<sup>43)</sup> Legaldefinition: § 2 Abs. 2 Nr. 1.

<sup>44)</sup> Gesetzestext oben Nr. 2.

<sup>45)</sup> Nr. 51.

<sup>46)</sup> Schreiben des Bundesministers des Innern, im Auftrag Dr. Herbert AUERNHAMMER, gerichtet an den Arbeitskreis Deutscher Marktforschungsinstitute e. V.

<sup>47)</sup> Abgesehen davon, daß das Gesetz die Befragung erlaubt, vgl. oben Nr. 51.2.

Zunächst bietet sich an: § 3 wendet sich an jeden, der mit personenbezogenen Daten umgeht. Demnach wären Normadressat bspw. auch freie Mitarbeiter, z. B. der Personalabteilung eines Industriebetriebs, einer Auskunft, eines Lohnrechnungszentrums oder eines Marktforschungsinstituts. Normadressaten wären dann bspw. auch Tochtergesellschaften, die Aufträge für die Muttergesellschaft ausführen.

Die Frage ist u. a. deshalb von besonderer Bedeutung:

- § 3 stellt, für den Normadressaten, das grundsätzliche Datenverarbeitungsverbot auf;
- wenn sich im BDSG oder einer anderen Rechtsvorschrift keine Ausnahme findet, bleibt es natürlich beim Verbot;
- wenn der Normadressatenkreis der Abschnitte 2, 3 und 4 kleiner ist als der Normadressatenkreis des § 3, bleibt somit eine empfindliche Lücke.

Und der Normadressatenkreis der Abschnitte 2, 3 und 4 ist tatsächlich erheblich kleiner, als man zunächst annehmen möchte. Die Regierungsbegründung erklärt zum Normadressatenkreis des dritten Abschnitts ausdrücklich, und es besteht kein Grund, für den zweiten und dritten Abschnitt etwas anderes anzunehmen<sup>48)</sup>:

„Normadressat der Vorschriften dieses Abschnitts ist der Auftraggeber, nicht die beauftragte Stelle.“

Mit anderen Worten: der dritte Abschnitt gilt weder zugunsten noch zuungunsten der beauftragten Stelle. Es kann deshalb — je nachdem, wer Normadressat des § 3 ist — vorkommen, daß das Gesetz dem Auftraggeber, für den gehandelt werden soll, die Tätigkeit erlaubt, nicht jedoch dem Beauftragten, obwohl für eine solche Unterscheidung sachlich kein Grund vorliegt.

Der Ermittlung des Normadressaten des § 3 hat in der Tat schon genügend Aufregung verursacht.

Der Gesetzgeber und das juristische Schrifttum haben die Frage zwar noch nicht aufgegriffen; die Presse<sup>49)</sup> hat jedoch geradezu schockierend argumentiert:

- § 3 verbietet grundsätzlich die Datenverarbeitung, also bspw. die Befragung zu Themen der Markt- und Sozialforschung.
- Das Institut kann sich darauf berufen, daß ihm das Gesetz die Befragung erlaubt, die Ausnahme des § 3 Satz 1 Nr. 1 (das Verbot der Datenverarbeitung gilt nicht, „wenn dieses Gesetz sie erlaubt“) für das Institut also gegeben ist.
- Das Nachsehen hat der Interviewer. Das Verbot des § 3 richtet sich auch gegen ihn. Als freier Mitarbeiter kann er sich jedoch nicht auf die Ausnahmebestimmungen berufen, die das Gesetz für die Markt- und Sozialforschungsinstitute festgelegt hat.

Diese Befürchtungen sind jedoch unbegründet. Normadressat des § 3 ist nicht schlechthin jeder, der Daten verarbeitet, sondern nur jede „datenverarbeitende Stelle“ i. S. des BDSG, und zu den datenverarbeitenden Stellen gehören beauftragte Personen oder Stellen grundsätzlich nicht:

### 5.2.1. Wortlaut des Gesetzes

5.2.1.1. Denkbar ist, daß freie Mitarbeiter wie angestellte Mitarbeiter zu den Stellen gehören, für die die Abschnitte 2–4 die Rechtsverhältnisse klären<sup>50)</sup>.

<sup>48)</sup> A.a.O., zu § 16 a. F., S. 24 oben links.

<sup>49)</sup> Context 285 (vom 4. 9. 1976), u. a. S. 2: „Die Institute geben im Regelfall gar keine ‚personenbezogenen‘, sondern nur anonyme anonymisierte Daten an Dritte, nämlich die Auftraggeber, weiter und sind mithin vom Datenschutzgesetz kaum betroffen. Die Interviewer hingegen sind voll betroffen, weil sie eben das tun, was das BDSG verbietet: Sie geben personenbezogene Daten (ausgefüllte Fragebogen nebst Adresse der Zielpersonen) an einen Dritten, nämlich das Institut, weiter. Konsequenz: die Interviewer müssen die Folgen verantworten, die von einer Meldepflicht (bei der Datenschutzbehörde) bis zur Bestrafung bei Datenmißbrauch reichen kann.“

Daß angestellte Mitarbeiter zu diesen Personen oder Personenvereinigungen gehören, ist unbestritten. In den seltenen Fällen, in denen ein Interviewer bei einem Institut angestellt ist, treten demnach keine Identifizierungsprobleme auf. Wenn der angestellte Interviewer Daten verarbeitet, gilt somit § 31 ebenso, wie wenn ein geschäftsführender Gesellschafter des Instituts Daten verarbeitet. In diesem Sinne kann auch der freie Mitarbeiter dem Wortlaut nach wie der Angestellte als Teil des Instituts, der „natürlichen oder juristischen Person, Gesellschaft oder anderen Personenvereinigung“ verstanden werden.

Damit können vom Wortlaut her die angesprochenen Adressatenprobleme für freie Mitarbeiter gelöst werden. Wie ist jedoch zu entscheiden, wenn eine Tochtergesellschaft des Instituts die Befragungen durchführt und die Fragebogen an das Institut weitergibt? Es wird sich dann kaum noch jemand finden, der dafür eintreten wollte, die Tochtergesellschaft sei wie der freie Mitarbeiter — dem Wortlaut nach — ein Teil des Instituts. Es treten dann die von der Presse bereits beschriebenen Probleme erneut auf: die Tochtergesellschaft ist grundsätzlich nicht Normadressat des Abschnitts, der für die Muttergesellschaft gilt; der Tochtergesellschaft wäre damit evtl. nach § 3 verboten, was der Muttergesellschaft (würde diese die Daten verarbeiten) erlaubt sein soll.

§ 2 12. Von den gesetzlichen Begriffsbestimmungen muß in diesem Zusammenhang noch § 2 Abs. 3 Nr. 1 beachtet werden, der, wie erwähnt, lautet:

Im Sinne dieses Gesetzes ist speichernde Stelle jede der in § 1 Abs. 2 Nr. 1–3 genannten Personen oder Stellen, die Daten für sich selbst speichert oder durch andere speichern läßt.“

Für die anderen Phasen der Datenverarbeitung (Übermittlung, Veränderung und Löschung, vgl. § 1 Abs. 1) gibt das Gesetz keine entsprechende Begriffsbestimmung. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte, die verböten, § 2 Abs. 3 Nr. 1 entsprechend allgemein anzuwenden:

Im Sinne dieses Gesetzes ist datenverarbeitende (speichernde, übermittelnde, verändernde, löschende) Stelle jede der in § 1 Abs. 2 Nr. 1–3 genannten Personen oder Stellen, die Daten für sich selbst verarbeitet (speichert, übermittelt, verändert, löscht) oder durch andere verarbeiten (speichern, übermitteln, verändern, löschen) läßt<sup>51)</sup>.

Der negativ ausgedrückt: nicht jede Person oder Gesellschaft, die mit Daten arbeitet, ist eine datenverarbeitende Stelle im Sinne des BDSG. Wer für andere Daten verarbeitet, ist keine datenverarbeitende Stelle.

Wenn Normadressat des § 3 (nur) jede datenverarbeitende Stelle ist, richtet sich § 3 bspw. nicht an Tochtergesellschaften, die ausschließlich für die Muttergesellschaft Daten verarbeiten. Das gleiche gilt erst recht für freie Mitarbeiter einer Gesellschaft, die Daten für diese verarbeiten.

<sup>50)</sup> Zur Verdeutlichung: der vierte Abschnitt (entsprechende Bestimmungen enthalten der zweite und der dritte Abschnitt) gilt nach § 31 u. a. „für natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts . . . , soweit diese Stellen geschäftsmäßig geschützte personenbezogene Daten zum Zweck der Veränderung speichern, sie derart verändern, daß diese Daten sich weder auf eine bestimmte Person beziehen noch eine solche erkennen lassen (anonymisieren) und sie in dieser Form übermitteln.“ Es ist denkbar, daß, wenn ein freier Mitarbeiter handelt, jeweils die natürliche oder juristische Person, Gesellschaft oder andere Personenvereinigungen des privaten Rechts handelt, für die der freie Mitarbeiter tätig wird.

<sup>51)</sup> Auch hier kommt zum Ausdruck, wie problematisch es ist, für den dritten und vierten Abschnitt zwischen Datenverarbeitung für eigene und für fremde Zwecke zu unterscheiden. Vgl. dazu schon oben bei Fußn. 13. Wer „für sich selbst speichert“, für sich selbst übermittelt oder sonst für sich selbst Daten verarbeitet, speichert (datenverarbeitet) er nicht auch „für eigene Zwecke“? Das Gesetz geht jedoch davon aus, daß ein Marktforschungsinstitut und die anderen im vierten Abschnitt erfaßten Stellen zwar „für sich selbst“, jedoch nicht „für eigene Zwecke“, sondern „für fremde Zwecke“ speichert. Man kann sich ausmalen, welche Verständnisschwierigkeiten im Einzelfall auftreten können.

Ob das Gesetz in diesem Sinne zu verstehen ist, entscheidet wie immer, der Sinn und Zweck des Gesetzes<sup>22)</sup>.

### 5.2.2. Sinn und Zweck des Gesetzes

5.2.2.1. Durch eine evtl. Einschränkung des § 3 auf datenverarbeitende Stellen als Normadressaten darf für einzelne Personen oder Stellen allerdings kein Freibrief geschaffen werden. Es entsteht jedoch durch die erwogene Einschränkung keine vom Gesetzgeber ungewollte Lücke, § 5 legt ausdrücklich fest:

„Datengeheimnis:

(1) Den im Rahmen des § 1 Abs. 2 oder im Auftrag der dort genannten Personen oder Stellen bei der Datenverarbeitung beschäftigten Personen ist untersagt, geschützte personenbezogene Daten unbefugt zu einem anderen als dem zur jeweiligen rechtmäßigen Aufgabenerfüllung gehörenden Zweck zu verarbeiten, bekanntzugeben, zugänglich zu machen oder sonst zu nutzen.

(2) Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit nach Maßgabe von Absatz 1 zu verpflichten. Ihre Pflichten bestehen auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort.“

Angestellte und freie Mitarbeiter, sowie jeder, der Daten „im Auftrag“ verarbeitet, darf personenbezogene Daten somit selbst dann nicht sinn- und zweckwidrig nutzen, wenn § 3 unmittelbar nur für „datenverarbeitende Stellen“ gilt. Da auch noch § 41 eine Strafe vorsieht, entfällt insoweit jedenfalls ein Bedürfnis, den Kreis der Normadressaten weiter zu ziehen.

5.2.2.2. Das Gesetz hat im vierten Abschnitt die Tätigkeiten der Auskunfteien, Lohnrechenzentren, Markt- und Sozialforschungs-

gesellschaften sowie der anderen, im vierten Abschnitt erfaßten Dienstleistungsunternehmen umfassend, in allen Datenverarbeitungsphasen, geregelt.

So hat es bspw. für die Markt- und Sozialforschungsinstitute im vierten Abschnitt nicht nur das Übermitteln der Daten geklärt, sondern auch bereits das Erfassen der Daten. Markt- und Sozialforschungsinstitute erfassen jedoch die Daten in aller Regel durch freie Mitarbeiter. Es kann nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, daß es zwar förmlich die Tätigkeit der Institute einheitlich regelt, sie der Sache nach jedoch zerreißt. Schon deshalb darf es keinen Unterschied machen, ob das Institut durch Angestellte die Daten erfaßt oder — die gewählten Beispiele — durch freie Mitarbeiter oder im Auftrag handelnde Tochtergesellschaften. Es kommt hinzu, daß die Kriterien zur Abgrenzung der freien von den angestellten Mitarbeitern den Sinn und Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes nicht berühren; fehlende persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Mitarbeiters vom Arbeitgeber verstärkt das Schutzbedürfnis des Befragten, des Betroffenen also, nicht. Aus der Sicht des Betroffenen und damit des Gesetzes ist entscheidend, daß nach den Anweisungen des Instituts gehandelt wird. Das geschieht jedoch unabhängig davon, ob der Mitarbeiter angestellt ist oder frei mitarbeitet<sup>23)</sup>.

Die Situation ändert sich für den Betroffenen auch noch nicht allein dadurch, daß andere gesellschaftsrechtliche Verhältnisse bestehen (Beispiel: Die Befragung wird durch eine Tochtergesellschaft durchgeführt). Juristische Konstruktionen und andere gesellschaftsrechtliche Verhältnisse verändern als solche das Schutzbedürfnis des Betroffenen nicht. Die Situation ändert sich für den Betroffenen erst, wenn — um im Beispiel zu bleiben — der Interviewer nicht für das Institut, sondern für sich Daten erhebt, etwa um sie später Dritten anzubieten. Dann aber handelt der Interviewer — und hier bewähren sich der Begriff und die erwogene Bestimmung des Normadressaten — als „datenverarbeitende Stelle“.

Folglich entspricht es dem Sinn und Zweck des Gesetzes, als Normadressaten des § 3 die „datenverarbeitende Stelle“ im oben beschriebenen Sinne zu verstehen. § 3 ist damit so zu lesen:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von diesem Gesetz geschützt werden, ist in jeder ihrer in § 1 Abs. 1 genannten Phasen für datenverarbeitende Stellen nur zulässig, wenn ...

<sup>23)</sup> Die Anweisungen und Hinweise des Instituts für den Interviewer können sowohl angestellten als auch freien Mitarbeitern gegeben werden. Sie machen den Mitarbeiter nicht etwa de jure persönlich abhängig und damit zum Angestellten, vgl. BSG 21, 68 = SozR Nr. 5 zu § 1252 RVO.

<sup>22)</sup> Erwogen werden kann noch, § 31 Abs. 2 (vierter Abschnitt), § 22 Abs. 2 (dritter Abschnitt), § 8 (zweiter Abschnitt) anzuwenden, die — soweit hier von Bedeutung — dem Sinne nach gleichbedeutend bestimmen:

„Die ... Vorschriften gelten für die ... genannten Personen, Gesellschaften und anderen Personenvereinigungen auch insoweit, als die Verarbeitung personenbezogener Daten in deren Auftrag durch andere Personen oder Stellen betrieben wird.“

Wenn man diesen Wortlaut streng logisch auffaßt, kann er jedoch nicht weiterhelfen. Er besagt dann nicht, daß der Abschnitt auch für die beauftragte Person oder Stelle gilt, also bspw. für die beauftragte Tochtergesellschaft. Er besagt vielmehr nur, daß sich die Pflichten und Rechte der beauftragenden Person oder Stelle nicht ändern.

Rechtsanwalt Dr. jur. Wolfgang Nettesheim, Oberstdorf

## Schadensersatzansprüche wegen unsachgemäß eingestellter Ski-Sicherheits-Bindungen

Seit etwa 1960 ist der Skisport ein typischer Massensport geworden. Für das Jahr 1970 schätzte man die Zahl der Skisportler in Deutschland auf ca. 5 Millionen<sup>1)</sup>. Diese Zahl wird sich für das Jahr 1976 wahrscheinlich um 1 bis 2 Millionen erhöht haben. Der mit dem Skisport zusammenhängende Gesamtumsatz beläuft sich heute auf etwa 5 Milliarden DM pro Jahr<sup>2)</sup>.

Die Ausübung des Skisportes ist objektiv gefährlich. Geht man von einer Zahl der Skifahrer von 5 Millionen aus, dann ergibt sich pro Wintersaison eine Gesamtzahl von 250 000 Verletzungen, damit ein geschätzter Gesamtschaden für die Volkswirtschaft von mindestens 200 Millionen DM<sup>3)</sup>. Die Verletzung eines Skifahrers ist nun finanziell gesehen in den meisten Fällen nicht seine „Privatsache“, sondern Sache der Allgemeinheit, da in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle andere, z. B. die Krankenkassen,

der Arbeitgeber über die Lohnfortzahlung etc., den Schaden zu tragen haben. Im Interesse der Allgemeinheit und auch der Skiindustrie ist es daher, das Risiko typischer Skiverletzungen erheblich zu vermindern. Solche typischen Skiverletzungen werden verursacht durch den „Drehsturz“ mit einer Torsionsbeanspruchung des Unterschenkels und den „Frontalsturz“ mit einer Biegebeanspruchung des Beins<sup>4)</sup>. Das Mittel zur Minderung des Risikos ist die Sicherheits-Bindung, deren Anfänge über 20 Jahre zurückliegen. Diese wird definiert als „ein Sicherheitsbegrenzer, der die Verbindung des Beins mit dem Ski beim Überschreiten eines vorgegebenen Belastungsgrenzwertes zuverlässig freigibt“<sup>5)</sup>. Die Bindung ist so einzustellen, daß sie einerseits die Verbindung des Beins mit dem Ski im „Notfall“ freigibt, andererseits aber das Bein in „harmlosen“ Situationen zuverlässig festhält. Die typischen Skiverletzungen treten ausschließlich an den unteren Extremitäten auf. Dabei handelt es sich vorwie-

<sup>1)</sup> WITTMANN, Biochemische Untersuchungen zum Verletzungsschutz im Alpinen Skisport, Dissertation, München 1973, S. 6, 11.

<sup>2)</sup> WITTMANN, a.a.O., S. 6.

<sup>3)</sup> WITTMANN, a.a.O., S. 11.

<sup>4)</sup> WITTMANN, a.a.O., S. 12.

<sup>5)</sup> WITTMANN, a.a.O., S. 20.